

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 242.681 du 17 octobre 2018

A.218.363/VI-20.714

En cause : **1. la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED,**
2. la société anonyme ENTREPRISES REUNIES
R. DE COCK,
formant ensemble la société momentanée
HULLBRIDGE-DE COCK,

ayant élu domicile chez
M^{es} Marie BOURGYS et
Yves SCHNEIDER, avocats,
avenue Alphonse Valkeners 5/1
1160 Bruxelles,

contre :

la ville de Charleroi,

ayant élu domicile chez
M^{es} Marc UYTENDAELE et
Anne FEYT, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme BEMAT,

ayant élu domicile chez
M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne 62
5000 Namur.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 23 mars 2016, la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED et la société anonyme ENTREPRISES REUNIES R. DE COCK, formant ensemble la société momentanée HULLBRIDGE-DE COCK demandent l'annulation de "la décision de la partie adverse du 1^{er} septembre 2015 en vertu de laquelle elle écarte l'offre des requérantes pour irrégularité formelle substantielle et attribue le marché public litigieux à la société BEMAT".

II. Procédure

Par une requête introduite le 3 mars 2016, la société anonyme BEMAT demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés.

Par l'arrêt n° 234.173 du 17 mars 2016, le Conseil d'Etat a accueilli provisoirement la demande d'intervention, a suspendu l'exécution de l'acte attaqué et a réservé à statuer sur les dépens.

Par l'arrêt n° 238.934 du 4 août 2017, le Conseil d'Etat a renvoyé l'examen du présent recours en annulation à la procédure ordinaire.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse, en réplique et ont été régulièrement échangés.

M. Laurent JANS, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié à la partie adverse et à la partie intervenante le 20 octobre 2017.

M. Laurent JANS, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé une note le 20 décembre 2017 demandant que soit mise en œuvre la procédure organisée par l'article 14^{quinquies} de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État.

Par une lettre du 29 décembre 2017, le greffe a notifié à la partie adverse et à la partie intervenante que la chambre allait statuer sur l'annulation de l'acte attaqué à moins qu'elle ne demande, dans un délai de quinze jours, à être entendue.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Intervention

Par une requête en intervention introduite le 2 mars 2016, la société anonyme BETONS ET MATERIAUX, en abrégé BEMAT, demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

En tant que bénéficiaire de la décision d'attribution attaquée, elle a intérêt à intervenir dans la présente procédure.

Il y a lieu d'accueillir cette requête dans la procédure en annulation.

IV. Annulation de l'acte attaqué

Le 20 octobre 2017, la partie adverse et la partie intervenante se sont vus notifier le rapport de l'auditeur dans lequel l'annulation de l'acte attaqué est proposée. Ce rapport contient les passages suivants :

" IV. Examen d'un moyen

Le retrait de l'acte attaqué ne pouvant être tenu pour définitif, pour les motifs exposés par l'arrêt n° 238.934, précité, faut-il dès lors statuer sur le fond de la requête.

1. Requête (reprise de l'exposé tel qu'établi dans l'arrêt n° 234.173, précité).

Les parties requérantes prennent un premier moyen «de la violation de l'autorité de chose jugée de l'arrêt de suspension n° 230.385 rendu par le Conseil d'Etat le 3 mars 2015, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation interne des actes administratifs, du principe général de bonne administration, plus particulièrement du principe de prudence ou "devoir de minutie", et de l'excès de pouvoir».

Elles reprochent, en substance, à l'acte attaqué d'avoir «refait la décision prise par la partie adverse le 15 juillet 2014 sans réparer l'illégalité dénoncée par le moyen jugé sérieux dans l'arrêt de suspension n° 230.385» précité.

Elles exposent, dans une première branche, que «l'autorité de chose jugée d'un arrêt de suspension rendu par le Conseil d'Etat empêche la partie adverse de refaire, même partiellement, un acte administratif sans réparer l'illégalité dénoncée par le moyen jugé sérieux dont cet acte est affecté" et, dans une seconde branche, que "tout acte administratif unilatéral doit reposer sur motifs de fait et de droit exacts, pertinents et adéquats formellement énoncés».

Elles rappellent que l'arrêt n° 230.385 précité a jugé que «la partie adverse ne pouvait pas, sans violer l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et les règles qu'il s'était lui-même fixées, décider que le défaut de jonction à l'offre des documents visés à la clause technique B.4.l.i) ne constituait pas une irrégularité substantielle». Or, elles constatent que "alors que les documents requis par la

clause technique B.4.l.i) sont toujours manquants, l'acte attaqué ne déclare nullement l'offre de la S.A. BEMAT et l'offre de la SM DRUEZ S.A. - DE GRAEVE comme étant affectées d'une irrégularité substantielle".

Elles estiment que cet acte «maintient, en réalité, la motivation qui était la sienne dans la décision du 15 juillet 2014» et qu'il se limite à y apporter une précision. Elles considèrent que cette précision apportée à la motivation de l'acte attaqué «ne vient [...] nullement contredire l'importance "intrinsèque" de l'exigence contenue à la clause technique B.4.l.i) constatée par l'arrêt n° 230.385 du 3 mars 2015, laquelle doit s'entendre indépendamment de la volonté expressément exprimée par le pouvoir adjudicateur».

Les parties requérantes constatent, par ailleurs, que la motivation de l'acte attaqué «est limitée à la problématique de l'agrégation des sous-traitants, alors que la clause technique B.4.l.i) contient trois points distincts». Or, selon elles, la motivation litigieuse «n'explique nullement, au regard de chacun de ces trois points, plus particulièrement au regard du point 3, en quoi il serait remédié à l'illégalité qui a été constatée dans l'arrêt n° 230.385 du 3 mars 2015». Elles estiment donc qu'«il résulte de la motivation de l'acte attaqué que celui-ci refait la décision du 15 juillet 2014 sans réparer l'illégalité dénoncée par le moyen jugé sérieux et viole, par conséquent, l'autorité de chose jugée de l'arrêt de suspension n° 230.385 du 3 mars 2015 ainsi que les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013, les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 et le principe général de motivation interne des actes administratifs qui lui imposait de prendre une nouvelle décision d'attribution pourvue d'une motivation pertinente et adéquate». Elles ajoutent qu'«en agissant de la sorte, la partie adverse n'a, par ailleurs, manifestement pas agi avec la prudence et la minutie qui s'imposent».

2. Mémoire en réponse

Par un courrier du 26 mai 2016, la partie adverse indique qu'elle a l'intention de retirer l'acte attaqué et qu'elle ne dépose dès lors pas d'argumentation en réponse à la requête en annulation.

3. Mémoire en réplique

En réplique, les parties requérantes maintiennent leur argumentation.

4. Examen

Dans son arrêt n° 234.173 du 17 mars 2016, le Conseil d'Etat a décidé ce qui suit : «A la suite d'un arrêt qui ordonne la suspension de l'exécution d'un acte, l'autorité n'est pas tenue de rétablir immédiatement la légalité dont la violation a été constatée par cet arrêt. Elle peut certes procéder à la réfection immédiate de l'acte censuré, mais elle doit alors le faire dans le respect de l'autorité de chose jugée de l'arrêt du Conseil d'Etat, laquelle s'attache au dispositif de l'arrêt, à ses motifs, ainsi qu'aux constats desquels ceux-ci procèdent. Elle peut également choisir d'attendre l'issue de la procédure au fond, laquelle remettra, le cas échéant, en cause les constats posés en extrême urgence.

En l'espèce, la partie adverse a choisi de procéder à la réfection immédiate de l'acte dont la suspension avait été ordonnée, et de ne pas attendre l'issue d'une procédure au fond. En effet, à la suite de l'arrêt n° 230.385 du 3 mars 2015, elle a retiré sa décision d'attribution et en a pris une nouvelle, désignant le même attributaire pour le même marché.

Il a été jugé ce qui suit dans l'arrêt n° 230.385 susvisé :

« En l'espèce, les documents visés au poste B.4.1 des clauses techniques, formant la partie B du cahier spécial des charges, sont les suivants :

"B.4.1. Détecteurs de gaz naturel

Caractéristiques communes à tous les détecteurs :

[...]

i) Le soumissionnaire doit joindre à son offre les documents suivants:

- copie du certificat d'agrération de son sous-traitant, en classe IV des détecteurs ioniques, conformément à l'A.R. du 28.02.63 et de l'A.M. du 11.06.64;
- les preuves que l'installateur a proposé (lui-même ou son sous-traitant) possède la catégorie et classe correspondant aux travaux qu'il exécutera;
- une liste de références d'installations comparables réalisées en Belgique".

L'exigence ainsi formulée vise, de toute évidence, à s'assurer que l'installateur satisfait aux conditions réglementaires pour pouvoir procéder à ce type d'installation et qu'il dispose des compétences techniques nécessaires pour ce faire. S'agissant de matériel destiné à garantir la sécurité des occupants de bâtiments scolaires, l'importance du respect d'une telle précaution peut difficilement être niée. La partie adverse et la partie intervenante soutiennent cependant que les documents demandés pouvaient être produits ultérieurement. En outre, en expliquant, que l'irrégularité constatée est formelle et non matérielle, la partie intervenante laisse entendre qu'elle ne porte pas sur l'engagement à faire exécuter ce poste par un installateur possédant l'agrération, la "catégorie et classe" et les compétences requises mais uniquement sur la production de la preuve qu'il les possède.

En réalité, la question de savoir si le défaut de production des documents litigieux est une irrégularité formelle ou matérielle importe peu pour la solution du litige. En effet, si la production de documents constitue, en soi, une formalité, en l'espèce, le non-respect de cette formalité peut également être l'indice d'une irrégularité matérielle, puisqu'elle peut tout aussi bien indiquer que le soumissionnaire défaillant ne s'engage pas à faire installer ces équipements de sécurité par un installateur répondant aux conditions de la clause technique. En d'autres termes, que l'on se place d'un point de vue formel ou matériel, le défaut de production des documents requis ne permettait pas au pouvoir adjudicateur de tenir pour assuré que le marché serait exécuté par un installateur se conformant aux spécifications techniques qu'il avait lui-même fixées. Une telle irrégularité paraît, à première vue, toucher à la substance même du marché.

La partie adverse ne pouvait donc sans violer l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et les règles qu'il s'était lui-même fixées, décider que le défaut de jonction à l'offre des documents visés à la clause technique B.4.1.i) ne constituait pas une irrégularité substantielle ».

L'irrégularité constatée dans cet arrêt ne porte donc pas sur un défaut de motivation de l'acte attaqué, mais sur une violation de l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, en ce que l'acte alors attaqué avait estimé que le défaut de jonction de certains documents, visés à la clause technique B.4.1.i) du cahier spécial des charges, ne constituait pas une irrégularité substantielle. Une motivation différente, quelle qu'en soit d'ailleurs la pertinence, ne peut dès lors, à elle seule, remédier à l'irrégularité relevée dans l'arrêt. Qui plus est, elle ne peut que violer l'autorité de la chose jugée de l'arrêt n° 230.385 précité si elle a pour objectif de démontrer que, nonobstant les motifs de cet arrêt, l'irrégularité qu'il juge substantielle ne le serait, en réalité, pas.

En l'occurrence, l'acte attaqué énonce notamment que « les documents réclamés au poste B.4.1 n'étaient pas prescrits sous peine d'exclusion de l'offre », avant de développer une motivation nouvelle à l'appui de cette affirmation. La partie adverse fonde sur cette affirmation, contraire à ce qu'avait jugé le Conseil d'Etat, sa décision de déclarer régulières les offres de la société BEMAT et de la société momentanée DRUEZ - DE GRAEVE. Ce faisant, elle méconnaît l'autorité de chose jugée qui s'attache à l'arrêt n° 230.385 du 3 mars 2015.

Le premier moyen est sérieux et suffit à justifier la suspension de l'acte attaqué.

A défaut de défense de la partie adverse, peut-on conclure de la même manière et suivant les mêmes motifs que ce qui a déjà été décidé par le Conseil d'Etat dans l'arrêt n° 234.173 du 17 mars 2016, statuant en référé sur la légalité du même acte, au vu du même moyen, sur avis conforme de l'auditorat.

Le moyen est fondé".

L'article 30 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose, en son paragraphe 3, que la section du contentieux administratif peut annuler l'acte ou le règlement si la partie adverse ou celui qui a intérêt au règlement du litige n'introduit aucune demande de poursuite de la procédure dans un délai de trente jours à compter de la notification d'un rapport concluant à l'annulation.

Ni la partie adverse, ni l'intervenante n'ont réagi dans le délai imparti et n'ont demandé à être entendues. Aucune raison n'apparaît de s'écarter du rapport du premier auditeur. Il y a donc lieu d'annuler l'acte attaqué.

V. Confidentialité

La partie requérante dépose à titre confidentiel son offre. Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'Etat et que les pièces concernées sont renvoyées à la partie adverse, la demande de maintien de la confidentialité est devenue sans objet.

VI. Indemnité de procédure et dépens

La partie requérante demande de condamner la partie adverse aux dépens, en ce compris l'"indemnité de procédure maximale majorée de 20 pourcents, [soit à un montant] de 3.360,00 euros".

La partie requérante reste toutefois en défaut de justifier en quoi le Conseil d'Etat devrait s'écarter du montant de base de 700 euros visé à l'article 67, §1^{er}, alinéa 1^{er} du règlement général de procédure. Conformément au §2 de la même disposition, il y a toutefois lieu de majorer de 140 euros cette indemnité.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite le 3 mars 2016 par la société anonyme BEMAT est accueillie.

Article 2.

La décision de la partie adverse du 1^{er} septembre 2015 écartant l'offre de la société anonyme HULLBRIDGE ASSOCIATED, ainsi que de la société anonyme ENTREPRISES REUNIES R. DE COCK, et attribuant le marché public relatif à la démolition et à la reconstruction du complexe scolaire de l'école du Groupe I à Marchiennes-au-Pont, et relatif à l'aménagement des ses abords et à l'installation de locaux provisoires, à la société BEMAT est annulée.

Article 3.

Une indemnité de procédure de 840 euros est accordée à la partie requérante, à charge de la partie adverse.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 950 euros, sont également mis à charge de la partie adverse, à concurrence de 800 euros, et à charge de la partie intervenante, à concurrence de 150 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le dix-sept octobre deux mille dix-huit par :

M.	David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.